

## 16 | Schending en schade. Over aantasting van fundamentele rechten en eenheid in het schadevergoedingsrecht

*S.D. Lindenbergh*<sup>■</sup>

### 1 WEERLOOS RECHT(?)

In 1986 wees de Goudse kantonrechter één gulden toe aan een sollicitante die op grond van haar geslacht was gediscrimineerd tijdens een sollicitatieprocedure.<sup>1</sup> In 1996 oordeelde de Hoge Raad dat er bij de bepaling van de schadevergoeding voor een psychiatrische patiënt ten aanzien van wie procedurevoorschriften waren geschonden rekening mee diende te worden gehouden dat in het enkele feit dat de rechter de schending van voorschriften vaststelt reeds een zekere genoegdoening is gelegen.<sup>2</sup> In 2005 werd door de Amsterdamse voorzieningenrechter de vordering tot schadevergoeding van de voor commerciële doeleinden misbruikte minister-president Balkenende afgewezen met als motivering dat hij met een verklaring voor recht werd geacht voldoende schadeloos te zijn gesteld.<sup>3</sup>

Fundamentele rechten staan in hoog aanzien, maar als het gaat om hun handhaving lijken zij dikwijls weerloos. Het kwaad is bij schending vaak al geschied, zodat een verbodsactie te laat komt en kennelijk is de rechter terughoudend met het toewijzen van schadevergoeding. Vaak wordt geen vermogensschade van betekenis geleden.<sup>4</sup> Dikwijls is de wél geleden schade niet

---

■ S.D. Lindenbergh was tot 1 december 2005 als universitair hoofddocent verbonden aan de Universiteit Leiden en was tevens fellow bij het E.M. Meijers Instituut voor rechtswetenschappelijk onderzoek. Per die datum is hij benoemd als hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Met dank aan Willem van Boom, Michiel van Emmerik en Ton Hartlief voor suggesties n.a.v. een eerdere versie en aan Adriaan Versluis voor onderzoeksondersteuning.

1 Ktg. Gouda 13 maart 1986, *Prg.* 1987, 2667.

2 Hoge Raad 13 december 1996, *NJ* 1997, 682 m.nt. JdB (W/Staat), *A&V* 1997, p. 46-47 (W.H. van Boom).

3 Rb. Amsterdam 2 februari 2005, LJN AS4748 (Minister President/Kijkshop B.V.).

4 Soms is dat niettemin wel degelijk het geval. Men denke aan gevallen waarin schending van art. 6 EVRM (eerlijk proces) leidt tot de teloorgang van een bedrijf. Vgl. voor een dergelijk geval waarin overigens geen causaal verband werd aangenomen EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, 534 (Dombo). Vgl. bijv. voorts m.b.t. reputatieschade, waar het vermogensschade-aspect ten onrechte nogal eens uit het oog wordt verloren, R.P.J.L. Tjittes, 'Enige opmerkingen over het karakter van reputatieschade', in: J. Spier en W.A.M. van Schendel (red.), *Schadevergoeding: een eeuw later, een bundel opstellen aangeboden aan mr. A.R. Bloembergen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 139-150.

eenvoudig in beeld te brengen met behulp van traditionele aanduidingen op het gebied van personenschade zoals lichamelijk en geestelijk letsel, en is het ook overigens niet eenvoudig aan te geven waaruit de schade precies bestaat. Niettemin is doorgaans wel aannemelijk dat er (enige) schade is geleden en bestaat er een behoefte om de schending rechtens niet onbeantwoord te laten. Die behoefte hangt samen met de hoge waardering die fundamentele rechten genieten en het gebrek aan andere passende sancties, waardoor de aandacht naar het schadevergoedingsrecht uitgaat.

Het voorgaande roept de vraag op welke rol is weggelegd voor het schadevergoedingsrecht als het gaat om de sanctionering van schendingen van fundamentele rechten. Het nationale schadevergoedingsrecht staat hier niet op zichzelf, maar wordt geïnspireerd en beïnvloed door ontwikkelingen in ons omringende landen en door aanwijzingen vanuit 'Europa'.

Het Engelse en Duitse recht laten met betrekking tot de rol van het schadevergoedingsrecht bij schending van fundamentele rechten ieder een eigen benadering zien die sporen nalaat in het nationale schadevergoedingsrecht.<sup>5</sup> Volgens het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap moet het nationale schadevergoedingsrecht voldoende krachtig zijn om schendingen van bijvoorbeeld het recht op gelijke behandeling tegemoet te treden.<sup>6</sup> Volgens het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft de rechter een discretionaire bevoegdheid om al dan niet een billijke genoegdoening toe te wijzen, en kan de vaststelling van een schending door de rechter als zodanig reeds een billijke genoegdoening meebrengen.<sup>7</sup>

Deze verschillende ontwikkelingen en invalshoeken roepen de vraag op hoe het Nederlandse schadevergoedingsrecht omgaat met aantastingen van fundamentele rechten en hoe de eenheid en coherentie van het nationale schadevergoedingsrecht op de proef worden gesteld door deze 'externe' invloeden. De vraag die in deze bijdrage centraal staat is of het Nederlandse schadevergoedingsrecht – mede in dit 'transnationale' perspectief – in staat en adequaat is om de schending van fundamentele rechten tegemoet te treden.

Onder fundamentele rechten versta ik rechten die fundamentele aspecten van de menselijke persoon beogen te beschermen. In een traditioneel vocabulaire gaat het hier om mensenrechten en grondrechten.<sup>8</sup> Ik beschouw deze rechten hier vooral in een civielrechtelijk kader. Het kan daarbij gaan om verticale werking (tussen overheid en burger), om horizontale werking (werking tussen private partijen) van dergelijke grondrechten en mensenrechten, maar ook om

---

<sup>5</sup> Zie nader hierna onder 2 en 3.

<sup>6</sup> Zie nader hierna onder 4.3.1.

<sup>7</sup> Zie nader hierna onder 4.3.2.

<sup>8</sup> Zie over schadevergoeding bij schending van mensenrechten uitvoerig M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten. De rechtspraak onder het EVRM vergeleken met die in Nederland* (diss. Leiden), Leiden: NJCM-Boekerij 1997.

een eigen privaatrechtelijke invulling in de vorm van persoonlijkheidsrechten.<sup>9</sup> Het gaat steeds om rechten die essentiële elementen of belangen van de menselijke persoon beogen te waarborgen, zoals het leven, de persoonlijke levenssfeer, gelijke behandeling, et cetera.

Om te laten zien op welke wijze de eenheid van het nationale schadevergoedingsrecht op de proef kan worden gesteld als het gaat om de bescherming van fundamentele rechten schets ik hierna eerst markante ontwikkelingen ten aanzien van de wijze waarop schadevergoedingsrechtelijke kwesties met betrekking tot de schending van fundamentele rechten in Engeland en Duitsland worden aangevat. Daarna ga ik in op de wijze waarop in het Nederlandse recht met dergelijke schendingen wordt en kan worden omgegaan. In dat kader besteed ik aandacht aan de eisen en wensen die vanuit 'Europa' aan ons recht worden gesteld, alsmede aan ontwikkelingen die momenteel in het eigen schadevergoedingsrecht plaatsvinden.

## 2 ENGELS RECHT

Het Engelse recht kent een in beginsel gesloten stelsel van 'torts' met ieder hun eigen sanctieregime. Fundamentele rechten vinden daarin bescherming voor zover schending ervan voldoet aan de vereisten die het nationale recht aan een dergelijke 'tort' stelt. De bescherming van fundamentele rechten heeft in Engeland evenwel recentelijk een belangrijke impuls gekregen door de invoering per 2 oktober 2000 van de Human Rights Act 1998. Deze wet maakt de nationale Engelse rechter bevoegd om kennis te nemen van vorderingen tot schadevergoeding wegens schending door 'public authorities' van bepaalde uit het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) voortvloeiende verplichtingen.<sup>10</sup> De gedachte hierachter is dat de slachtoffers van dergelijke schendingen door rechtstreeks de nationale rechter te adieren niet langer de weg naar Straatsburg hoeven te gaan. De bedoeling is dan ook dat de burger aanspraak kan maken op hetzelfde beschermingsniveau als hem door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zou zijn geboden.<sup>11</sup>

Een belangrijk gevolg van de gekozen methode is dat de Engelse rechter zich indringender dan voorheen moet gaan afvragen hoe het eigen nationale schadevergoedingsrecht zich verhoudt tot het door het EHRM op dit terrein vormgegeven recht. Een eerste tendens op dat punt wordt gesignaleerd door Martin Spencer QC:

---

9 Zie over dit begrip nader S.D. Lindenberg, 'De positie en handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht', *TPR* 1999, p. 1665-1707.

10 Zie uitvoerig Law Commission, *Damages Under the the Human Rights Act*, Law Com. No. 266, London, HMSO 1998.

11 Human Rights Act 1998, section 8 (4).

‘(...) early indications are that there are in fact going to be significant differences between the approach of the English courts and the approach of the ECHR, with a more analytical stance being taken in the English courts, more in keeping with other actions for damages pursuant to domestic law.’<sup>12</sup>

Met name omdat het Engelse schadevergoedingsrecht ver is geëvolueerd, en dat van het EHRM in feite, zeker in ‘analytisch’ of dogmatisch opzicht, nog in de kinderschoenen staat, zijn van de Engelse rechter op dit punt vermoedelijk fundamentele(re) beschouwingen te verwachten.

Een interessant punt is in dit verband dat de Human Rights Act 1998 het recht op schadevergoeding kwalificeert als laatste middel, in die zin dat alleen schadevergoeding wordt toegewezen indien de rechter – alle omstandigheden, zoals overige mogelijke sancties, in aanmerking genomen – ervan overtuigd is dat de vergoeding nodig is om passende genoegdoening te verschaffen,<sup>13</sup> waarbij de rechter de door het EHRM in het kader van art. 41 EVRM aanvaarde ‘principles’ in ogenschouw dient te nemen.<sup>14</sup> Dat betekent dat de Engelse rechter in feite gehouden is de rechtspraak van het EHRM op dit punt te volgen, waarbij wordt opgemerkt dat die rechtspraak niet steeds even heldere lijnen uitzet:

‘The [EHRM, sl] tends to award global sums on an ‘equitable’ basis, and its judgments do not analyse the basis of calculation (often not identifying the period of delay which is the basis of the claim) or give a breakdown between different items of damages. They may even not distinguish between damages and the costs and the expenses of proceedings (as in *Van Leer v Netherlands* (1990) 12 E.H.R.R. 567 (...)). These characteristics render it difficult to identify more than very general principles. It may be understandable that a court of so many members from different legal backgrounds should express its conclusions on damages in such general terms. Our own jurisprudence and legal culture require a more analytical approach.’<sup>15</sup>

Eén van de bijzondere ‘principles’ met betrekking tot de schadevergoeding wegens schending van het EVRM – waarop de Engelse rechter bij toepassing van de Human Rights Act derhalve acht dient te slaan – is dat het hier niet

12 H. McGregor, *McGregor on Damages*, London: Sweet & Maxwell 2003, p. 1530.

13 HRA 1998, section 8 (3): ‘No award of damages is to be made unless, taking account of all the circumstances of the case, including (a) any other relief or remedy granted, or order made, in relation to the act in question (by that or any other court), and (b) the consequences of any decision (of that or any other court) in respect of that act, the court is satisfied that the award is necessary to afford just satisfaction to the person in whose favour it is made.’

14 HRA 1998, section 8 (4): ‘In determining (a) whether to award damages (...) the court must take into account the principles applied by the [EHRM, sl] in relation to the award of compensation under Article 41 of the Convention.’

15 Aldus Stanley Burnton J. in R. (KB) v Mental Health Review Tribunal [2003] 2 All E.R. 209, par. 28.

gaat om een *recht* op schadevergoeding dat van rechtswege ontstaat, maar om het resultaat van een 'discretionary power' van de rechter. De rechterlijke vrijheid betreft hier niet (alleen) de omvang van de vergoeding, maar eerst de vraag of een vergoeding 'necessary' is, waarbij in ogenschouw dient te worden genomen dat het EHRM de mogelijkheid aanvaardt dat reeds de vaststelling van de schending door de rechter voldoende kan zijn om een 'just satisfaction' te bewerken.<sup>16</sup> Hoewel wordt erkend dat de Engelse rechter deze gedachtegang dient te volgen,<sup>17</sup> tast hij ten aanzien van criteria op dit punt wegens gebrek aan aanwijzingen van het EHRM vooralsnog in het duister. Lord Woolf legt het beginsel als volgt uit:

'Turning to possible principles, the first principle could well be that if there is any other appropriate remedy in addition to damages, that other remedy should usually be granted initially and damages should only be granted if and to the extent that an additional award of damages is necessary to afford just satisfaction. This principle appears to accord with the approach envisaged by s. 8 itself. In many cases what will be primarily required is an order which will result in the decision being taken again or an injunction to restrain the unlawful conduct or a declaration to establish the unlawfulness of that conduct. There should be no automatic right to compensation.'<sup>18</sup>

Wat precies bepaalt of een schending een vergoeding rechtvaardigt is evenwel nog onduidelijk. Vooral de aard van het geschonden recht lijkt relevant. Zo lijkt het EHRM eerder een vergoeding toe te kennen wanneer het gaat om schending van een inhoudelijk recht dan wanneer het gaat om schending van een procedurele regel.<sup>19</sup> Een open liggende kwestie is of bijvoorbeeld ook de *wijze van schending* beslissend is,<sup>20</sup> een aspect dat – wanneer eenmaal een schadevergoeding wordt aanvaard – wel van invloed is op de *omvang* van de vergoeding.

Voor wat betreft de vaststelling van de *omvang* van de vergoedingen wordt voor het Engelse recht een benadering bepleit waarin het nationale schadevergoedingsrecht wordt gekozen als uitgangspunt, 'but subject to every true principle which emerges from the jurisprudence and consistent practice of the ECHR which may apply to the case and which a party is successfully able

16 EHRM 21 februari 1975, 4451/70, par. 46 (Golder; NJ 1975, 462 m.nt. E.A. Alkema).

17 In R. (KB) v Mental Health Review Tribunal [2003] 2 All E.R. 209, is bijv. de stelling verworpen dat de rechter onder omstandigheden gedwongen is schadevergoeding toe te wijzen.

18 Lord Woolf C.J. in: O'Keefe (ed.) *Judicial Review of European Union Law. Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, The Hague: Kluwer International Law 2000.

19 Zie bijv. EHRM 27 september 1995, Reports 1996-I, 97 (McCann/Verenigd Koninkrijk), par. 219. Zie voor een uitgebreid overzicht van jurisprudentie op dit punt D. Shelton, *Remedies for international human rights law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 259-260.

20 Zie voor uiteenlopende gedachten Scorey & Eicke, *Human Rights Damages*, par. A2-43 en McGregor 2003, p. 1546-1547.

to argue displaces the practice of the domestic courts.<sup>21</sup> In dat verband geldt bijvoorbeeld als 'principle' dat bij schendingen van de conventie geen 'exemplary' of 'punitive damages' worden toegewezen. Als 'principle' worden in ieder geval aanvaard het beginsel van volledige vergoeding (restitutio in integrum) en het beginsel dat slechts de door de schending veroorzaakte schade dient te worden vergoed.<sup>22</sup> Verder worden als toepasselijke Engelse 'principles' genoemd het beginsel dat de benadeelde zijn schade dient te bewijzen en het beginsel dat de schade niet kan worden afgewenteld voor zover zij is veroorzaakt door de benadeelde zelf. Bij gebrek aan consistente rechtspraak van het EHRM ten aanzien van de toepassing van deze beginselen wordt de Engelse rechter vrij geacht hier zijn nationale recht toe te passen. Met betrekking tot de daadwerkelijke omvang van de vergoedingen wordt in *R. (KB) v Mental Health Appeal Tribunal*<sup>23</sup> opgemerkt:

'It is understandable that the European Court of Human Rights should apply a constant scale of damages to all cases that come before it. The English court should take account of the scale of damages awarded by the European Court of Human Rights, but should be free to depart from it in order to award adequate, but not excessive, compensation in United Kingdom terms.'

De invoering van de Human Rights Act 1998 wordt verder gezien als bron van nieuwe ontwikkelingen in het eigen schadevergoedingsrecht. Zo wordt als markante uitbreiding van het nationale recht gesignaleerd dat volgens het EHRM ook rechtspersonen aanspraak kunnen maken op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade.<sup>24</sup> Voorts wordt in de rechtspraak van het EHRM ten aanzien van het recht op leven een aanknopingspunt gezien om de beperkte kring van gerechtigden en de gefixeerde vergoedingen bij overlijden aan de kaak te stellen.<sup>25</sup> Verder wordt de mogelijkheid onder ogen gezien dat de door het EHRM toegewezen bedragen een verhogende invloed hebben op door nationale rechters toe te wijzen bedragen, alsmede op in andere gevallen toe te wijzen smartengeldbedragen.<sup>26</sup> Ten slotte wordt in het via de Human Rights Act beschermde recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer een belangrijke invloed gezien op de 'law of confidentiality', die in het Engelse recht bij gebrek aan een 'tort of privacy' een belangrijke rol speelt bij de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. In dat verband wordt nu in de rechtspraak geëxperimenteerd met de botsing tussen het recht op bescherming

---

21 McGregor 2003, p. 1551.

22 EHRM 28 mei 2002, *Reports* 2002-II, 10, par. 40 (*Kingsley v United Kingdom*, NJ 2005, 73, m.nt. EAA).

23 [2003] *All E.R.* 209, par. 23.

24 EHRM 6 april 2000, *Reports* 2000, 31 (*Comingersoll SA v Portugal*; NJ 2002, 612).

25 McGregor 2003, p. 1561.

26 McGregor 2003, p. 1563.

van de persoonlijke levenssfeer enerzijds en het recht op vrijheid van meningsuiting anderzijds.<sup>27</sup>

Met de invoering van de Human Rights Act wordt de Engelse rechter aldus uitgenodigd gedachten te vormen over de vormgeving en toepassing van het schadevergoedingsrecht waar het gaat om de schending van fundamentele rechten. Vooral omdat de Engelse rechter gewend is zich tamelijk fundamenteel rekenschap te geven van kwesties van schadevergoeding, ligt het in de rede om hier de komende jaren een zekere 'fine-tuning' te verwachten die op zijn beurt instructief zou kunnen zijn voor de rechtspraak van het EHRM.

### 3 DUITSE RECHT

Het Duitse privaatrecht kent sinds de Tweede Wereldoorlog met de invloed van het Grundgesetz een eigen ontwikkeling ten aanzien van de bescherming van fundamentele rechten met behulp van een recht op schadevergoeding. In die ontwikkeling valt een drietal aspecten in het bijzonder op. In de eerste plaats pleegt in het privaatrecht ampel aandacht te worden besteed aan de invloed van het Grundgesetz.<sup>28</sup> In de tweede plaats is via een beroep op het Grundgesetz een recht op schadevergoeding erkend in gevallen van schending van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' waarin dat volgens het reguliere schadevergoedingsrecht niet bestond. In de derde plaats is deze actie geëvolueerd tot een sanctie met een geheel eigen karakter. Beide laatste aspecten verdienen hier enige uitwerking.

Het Duitse recht werkt ten aanzien van de vraag of er een recht op smartengeld bestaat in par. 847 BGB met gesloten categorieën, waaronder schendingen van fundamentele rechten als zodanig niet worden begrepen. De behoefte aan een sanctie bij schending van persoonlijkheidsrechten heeft de Duitse rechter er evenwel toe gebracht om, aanvankelijk via analogie met de in par. 847 BGB neergelegde 'Freiheitsentziehung' en later met een rechtstreeks beroep art. 1 en 2 van het Grundgesetz, een recht op schadevergoeding te accepteren.<sup>29</sup> De vraag of er plaats is voor een dergelijk recht wordt door de Duitse rechter beantwoord aan de hand van de aard van het geschonden belang, de ernst van de schending en de mate van schuld, terwijl het handhavingskarakter van de sanctie tevens meebrengt dat relevant is of de schending op andere wijze, bijv. door 'Widerruf' kan worden goedge maakt.<sup>30</sup> Hoewel deze rechts-

27 Vgl. *Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* 27 maart 2002, *Law Reports* 2003, QB 633.

28 Niet voor niets is de gedachte van constitutionalisering van privaatrecht van Duitse afkomst. Vgl. J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

29 Zie voor deze ontwikkeling BGH 25 mei 1954, BGHZ 13, 334; NJW 1954, 1404 (Schachtbrief); BGH 14 februari 1958, BGHZ 26, 349, NJW 1958, 827 (Herrenreiter); BGH 16 september 1961, BGHZ 35, 363, NJW 1961, 2059 (Ginsengwurzel) en BVerfGE 34, 286, NJW 1973, 1221.

30 BGH 16 september 1961, BGHZ 35, 363, NJW 1961, 2059 (Ginsengwurzel); BGH 7 december 1976, NJW 1977, 626 en BGH 15 november 1994, JZ 1995, 360.

ontwikkeling vooral is ingegeven door schendingen van de persoonlijke levenssfeer door de entertainmentpers, worden binnen het ‘allgemeine Persönlichkeitsrecht’ verschillende ‘Sphäre’ van de persoonlijkheid aangenomen, die langs deze weg bescherming kunnen genieten.<sup>31</sup>

De gedachte dat de sanctie in geval van ernstige schending van persoonlijkheidsrechten haar oorsprong vindt in een ‘Lücke im Persönlichkeitsschutz’ en in de behoefte om een vuist te maken naar de Duitse entertainmentpers die ‘rücksichtslose Zwangskommerzialisierung’ van bekende persoonlijkheden niet uit de weg gaat, hebben de Duitse rechter ertoe gebracht deze sanctie een eigen karakter toe te dichten:

‘Bei einer Entschädigung wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts handelt es sich im eigentlichen Sinn nicht um ein Schmerzensgeld nach par. 847 BGB, sondern um einen Rechtsbehelf, der auf den Schutzauftrag aus Art. 1 und 2 I GG zurückgeht (...). Die Zubilligung einer Geldentschädigung beruht auf dem Gedanken, dass ohne einen solchen Anspruch Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen häufig ohne Sanktion blieben mit der Folge, dass der Rechtsschutz der Persönlichkeit verkummern würde.’<sup>32</sup>

Deze achtergrond brengt mee dat bij deze sanctie, anders dan bij het reguliere smartengeld dat vooral ter compensatie van geleden pijn dient, ‘Genugtuung des Opfers’ op de voorgrond treedt en dat zij bovendien preventie van onrecht beoogt te bewerkstelligen. Het eigen karakter van deze sanctie houdt voorts in dat bij de vaststelling van de omvang rekening mag worden gehouden met het winstoogmerk van de inbreukmaker<sup>33</sup> – om een echte winstafdracht gaat het volgens het Bundesgerichtshof niet – en dat van de omvang een ‘echter Hemmungseffekt’ dient uit te gaan. Hoewel deze vorm van sanctionering derhalve het niveau van compensatie van schade te buiten kan gaan, wordt zij door het Bundesgerichtshof niet als poenale maatregel in de zin van art. 103 GG aangemerkt, omdat zij haar oorsprong vindt in het Verfassungsrecht en in het privaatrecht en wordt opgelegd ten behoeve van het slachtoffer en niet – zoals een straf – ten behoeve van het algemeen belang. Dat betekent bijvoorbeeld dat het ‘ne bis in idem-beginsel’ er niet aan in de weg staat dat ter zake van dezelfde handeling (publicatie van een foto) aan verschillende personen een vergoeding wordt toegekend, terwijl het eigen karakter van de sanctie bovendien meebrengt dat door anderen verrichte betalingen niet in mindering behoeven te worden gebracht op de verplichting van een later

31 Larenz/Canaris 1994, par. II 80.

32 BGH 15 november 1994, BGHZ 128, 1 (Caroline von Monaco I) en BGH 5 december 1995, NJW 1996, 984 (Caroline von Monaco II).

33 Bij de beoordeling van de ‘Vermögensverhältnisse’ van de aansprakelijke is mede bepalend de ‘Wirtschaftsmacht der hinter ihr stehenden Gruppe’, aldus BGH 5 oktober 2004, VersR 2005, 125 m.nt. Ina Ebert (Alexandra).



aangesprokene.<sup>34</sup> In zoverre geldt hier dus niet de gebruikelijke regeling van par. 840 BGB inzake 'Gesamtschuldner'.

In de praktijk heeft deze ontwikkeling van een eigensoortige sanctie wegens schending van persoonlijkheidsrechten aanleiding gegeven tot toewijzing van forse bedragen. Dat heeft de vraag opgeroepen hoe deze toewijzingen zich verhouden tot relatief bescheiden bedragen in gevallen van letsel en andere persoonsaantastingen. Deze kwestie is principieel aan de orde gesteld door ouders die leden aan ernstige psychische stoornissen als gevolg van het feit dat zij door een verkeersongeval hun drie kinderen hadden verloren en ter zake DM 70.000 (vader) respectievelijk DM 40.000 (moeder) aan smartengeld toegewezen hadden gekregen. Zij beriepen zich op schending van het in art. 3 GG neergelegde recht op gelijke behandeling en op schending van hun persoonlijkheidsrecht, omdat de hun toegewezen bedragen in geen verhouding stonden tot het aan Prinses Caroline van Monaco toegewezen bedrag van DM 180.000 wegens een in de entertainmentpers gepubliceerd verzonnen interview en tot de doorgaans in gevallen van dwarslaesies toegewezen bedragen van (toen) ongeveer DM 400.000.

Het Duitse Bundesverfassungsgericht heeft dit onderscheid niet in strijd met art. 3 GG geoordeeld, omdat de sanctie bij schending van persoonlijkheidsrechten een andere grondslag (namelijk het Grundgesetz in plaats van par. 847 BGB) heeft waardoor daarbij voor de vaststelling van de omvang andere factoren beslissend zijn, zoals het winstoogmerk en het perspectief van preventie, die tot een aanzienlijke verhoging van de vergoeding kunnen leiden. Met betrekking tot de aansprakelijkheid voor letsel als gevolg van verkeersongevallen worden deze factoren niet beslissend geacht. Ook het onderscheid met gevallen van lichamelijk letsel acht het Bundesverfassungsgericht niet ongrondwettelijk.<sup>35</sup>

Het Duitse recht laat aldus zien dat het privaatrecht substantieel kan worden beïnvloed door de grondwet, maar ook dat schending van fundamentele rechten een privaatrechtelijke sanctie met geheel eigen karaktertrekken kan rechtvaardigen die tot een zeker spanningsveld met het reguliere schadevergoedingsrecht aanleiding geeft.

#### 4 NEDERLANDS RECHT

##### 4.1 Systematiek

Ten opzichte van Engeland en Duitsland neemt Nederland in dit verband een eigen positie in die – niet alleen in geografisch opzicht – in zekere zin tussen de beide beschreven stelsels in gelokaliseerd kan worden.

---

34 BHG 5 oktober 2004, *VersR* 2005, 125 m.nt. Ina Ebert (Alexandra).

35 BverfG 8 maart 2000, *VersR* 2000, 897.

Met het Engelse recht heeft het Nederlandse recht, vanwege het hier geldende toetsingsverbod aan de Grondwet, de oriëntatie op het Europese mensenrechtenrecht gemeen. Anders dan de Engelse rechter is de Nederlandse rechter evenwel niet gebonden aan een gesloten stelsel van 'torts' en kan de Nederlandse burger zonder nadere wetgeving bij de nationale rechter een vordering tot schadevergoeding aanhangig maken wegens schending van een fundamenteel recht.<sup>36</sup> Ook de Nederlandse rechter moet zich in dat verband afvragen of het Nederlandse schadevergoedingsrecht 'spoort' met de eisen die daaraan vanuit 'Europees' perspectief worden gesteld.

Met het Duitse recht heeft het Nederlandse recht gemeen dat het algemene onrechtmatige daadsrecht in beginsel als bruikbaar toetsingskader wordt aangemerkt om de bescherming van fundamentele rechten vorm te geven en dat het niet naar oorsprong van de aansprakelijkheid gedifferentieerde schadevergoedingsrecht zich daar in beginsel evenzeer voor leent. Anders dan het Duitse recht kent het Nederlandse recht evenwel geen bijzondere grondwettelijke bron voor een sanctie met eigen karaktertrekken zoals de Duitse rechter die in verband met de bescherming van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' heeft geïntroduceerd.

De bijzondere aspecten van de bescherming van fundamentele rechten via het schadevergoedingsrecht en de overeenkomsten en verschillen met de Engelse en de Duitse aanpak nodigen uit tot een nader onderzoek van het Nederlandse recht op een aantal kernpunten. Ik ga daarom hierna achtereenvolgens kort nader in op de inbedding van de bescherming van fundamentele rechten in het Nederlandse civiele recht in het algemeen en iets uitvoeriger op enkele schadevergoedingsrechtelijke kwesties in het bijzonder.

#### 4.2 Inbedding in het civiele recht

Over de doorwerking van fundamentele rechten in privaatrechtelijke verhoudingen is veel geschreven.<sup>37</sup> Steeds meer wordt duidelijk dat het hier niet alleen gaat om de formele aspecten van een beroep op grondrechten en mensenrechten (op welke rechten kan in welke verhoudingen onder welke omstandigheden een beroep worden gedaan?), maar ook om een materieelrechtelijke inpassing van een beroep op een fundamenteel recht in een privaatrechtelijke verhouding (hoe kan een beroep op een fundamenteel recht in een contractuele of buitencontractuele verhouding concreet recht worden gedaan?).

In verband met het laatste valt in de eerste plaats op dat het royale gebruik van open normen in het huidige recht naar zijn aard veel ruimte biedt voor

---

<sup>36</sup> Ongeacht of dit nu een mensenrechtelijke- of een EU-oorsprong heeft.

<sup>37</sup> Zie recentelijk uitvoerig T. Barkhuysen, M. van Emmerik & H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2005, Deventer: Kluwer 2005.

inpassing van een beroep op één of meer fundamentele rechten in een privaatrechtelijk geschil. Klassiek zijn inmiddels de afwegingen van het recht op vrijheid van meningsuiting tegen het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer in het kader van de vraag naar onrechtmatigheid van publicaties,<sup>38</sup> maar ook het contractenrecht blijkt met art. 6:2 en 6:248 BW en andere open normen een geschikt toetsingskader te bieden.<sup>39</sup>

In de tweede plaats valt op dat het privaatrecht naast deze inpassing in bestaande civielrechtelijke figuren en constructies geleidelijk ook een eigen 'variant' van fundamentele rechten is gaan aanvaarden. Het gaat hier om subjectieve rechten die betrekking hebben op fundamentele persoonsbelangen en die plegen te worden aangeduid als persoonlijkheidsrechten.<sup>40</sup>

Het gaat in beide gevallen om een vorm van inbedding van ogenschijnlijk 'systeemvreemde' rechtsfiguren in het privaatrecht, althans om de inpassing van fundamentele waarden die op het eerste gezicht geen privaatrechtelijke afkomst lijken te hebben. Dit laatste kan overigens worden betwijfeld, omdat verschillende fundamentele rechten juist lijken te zijn geïnspireerd door het privaatrecht en tenminste mede aan kernwaarden in het civiele recht (zoals autonomie en contractvrijheid) ten grondslag hebben gelegen. Juist deze gedachte pleit veeleer voor een 'inburgering' van fundamentele rechten in bestaande privaatrechtelijke figuren, dan hen aan te merken als 'vreemde eenden' die een eigensoortige behandeling verdienen in de privaatrechtelijke bijt. Zo bezien vormt de problematiek ook geen bedreiging voor de eenheid van het nationale schadevergoedingsrecht, maar veeleer een versteviging van de fundamentele van het privaatrecht. De meerwaarde van fundamentele rechten voor het privaatrecht ligt mijns inziens vooral in hun vermogen om hoogwaardige persoonsbelangen te articuleren en hen aldus in privaatrechtelijke verhoudingen tot (hun) recht te laten komen.<sup>41</sup>

#### 4.3 Schadevergoedingsrechtelijke kwesties

Meer specifiek met betrekking tot het schadevergoedingsrecht roept de handhaving van fundamentele rechten enkele interessante vragen op. Zo is bijvoorbeeld de vraag of ons nationaalrechtelijke schadevergoedingsrecht voldoende

---

38 Zie uitvoerig Onrechtmatige daad VII (Schuijt), aant. 6 e.v.

39 Zie uitvoerig S.D. Lindenberg, 'Constitutionalisering van contractenrecht. Over de werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen', *WPNR* 6602 (2004), p. 977-986.

40 Zie bijv. HR 15 april 1994, *NJ* 1994 m.nt. WH-S (Valkenhorst). Zie voorts uitvoerig S.D. Lindenberg, 'De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht', *Preadvies Vereniging voor de vergelijkende bestudering van het recht van België en Nederland* 1999, *TPR* 4-99, p. 1665-1707.

41 Zie uitvoerig S.D. Lindenberg, 'Constitutionalisation of Private Law in the Netherlands', in: Tom Barkhuysen & Siewert Lindenberg (ed.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden 2005.

geëquipeerd is om de aanwijzingen en eisen die vanuit EU- en EVRM-hoek klinken recht te doen, maar ook hoe het Nederlandse schadevergoedingsrecht zelf schendingen van fundamentele rechten tegemoet treedt.<sup>42</sup> Over deze problematiek is (heel) veel te zeggen. In het kader van deze bijdrage beperk ik mij tot enkele in het oog springende voorbeelden waarin de eenheid van het recht met betrekking tot schadevergoeding in het geding kan zijn.

#### 4.3.1 Een EU-perspectief

Verschiedende nationale civielrechtelijke regelingen, zoals die inzake gelijke behandeling, productenaansprakelijkheid en de reisovereenkomst, steunen op EU-richtlijnen. Hun uitleg wordt aldus mede beïnvloed door Europeesrechtelijke aanwijzingen, die van betekenis kunnen zijn voor de toepassing van het nationale schadevergoedingsrecht.<sup>43</sup>

In verband met het hier besproken onderwerp van de fundamentele rechten is illustratief dat vanuit EU-perspectief geldt dat bij schending van het recht op gelijke behandeling het nationale schadevergoedingsrecht zo dient te worden uitgelegd en toegepast dat het beschikt over voldoende ‘tanden’ (een ‘reële afschrikwekkende werking’), en geen wassen neus is (in een ‘passende verhouding tot de geleden schade’ staat). Een louter symbolische schadevergoeding zou niet beantwoorden aan de vereisten van een doeltreffende omzetting van de richtlijn in nationaal recht.<sup>44</sup> Bij de keuze van een passende oplossing om het doel van de richtlijn te verwezenlijken dienen de lidstaten erop toe te zien, dat schendingen van het gemeenschapsrecht volgens gelijke materiële en procedureregels worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige schendingen van het nationale recht.<sup>45</sup>

Hoewel het schadevergoedingsrecht in dergelijke gevallen dus ‘tanden’ moet hebben, mag wel onderscheid worden gemaakt tussen sollicitanten die slechts als gevolg van hun uitsluiting van de sollicitatieprocedure schade hebben geleden (waarbij de werkgever moet bewijzen dat de sollicitant de betrekking ook zonder discriminatie niet zou hebben gekregen), en sollicitanten die de te vervullen betrekking zouden hebben gekregen indien bij de selectie niet was gediscrimineerd. Aldus mag kennelijk een onderscheid worden

42 Zie over de samenloop van handhaving op EU-, EHRM- en nationaal niveau W. van Gerven, ‘Remedies for Infringements of Fundamental Rights’, *European Public Law*, Vol. 10, Issue 2, June 2004, p. 261 e.v.

43 Zie in dit verband over schadevergoedingsrechtelijke aspecten bij productenaansprakelijkheid HvJEG 10 mei 2001, *Jur.* 2001, p. II-1337; en over de reisovereenkomst HvJEG 12 maart 2002, C-168/00, *Jur.* 2002, p. I-02631 (Leitner/TUI Deutschland). Zie over dit onderwerp uitvoerig M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001, p. 261 e.v.

44 HvJEG 10 april 1984, zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (Von Colson en Kamann); HvJEG 10 april 1984, zaak 79/83, *Jur.* 1984, p. 1921 (Harz); HvJEG 22 april 1997, zaak C-180/95, *Jur.* 1997, I-2195 (Draempaehl; NJ 1998, 435).

45 HvJEG 21 september 1989, zaak 68/88, *Jur.* 1989, p. 2965 (Commissie/Griekenland).

gemaakt tussen schade als gevolg van de rechtsschending als zodanig, ter zake waarvan de vergoeding mag worden gemaximeerd, en verdere schade als gevolg van de rechtsschending, ter zake waarvan de vergoeding niet mag worden gemaximeerd maar volgens het beginsel van volledige vergoeding moet worden afgewikkeld.<sup>46</sup>

Voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht brengt het voorgaande mee dat het recht op gelijke behandeling een dermate hoge waardering geniet, dat inbreuken daarop met behulp van het schadevergoedingsrecht serieus tegemoet moeten kunnen worden getreden. Dat betekent bijvoorbeeld dat – zeker in gevallen waarin vermogensschade van betekenis ontbreekt, bijvoorbeeld omdat degene die ten onrechte voor een betrekking werd afgewezen een andere baan heeft gevonden en slechts sollicitatiekosten als vermogensschade kan opvoeren – een sanctie in de vorm van vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade op zijn plaats is. Dat pleit ervoor om in deze gevallen het begrip ‘aantasting van de persoon’ in de zin van art. 6:106 lid 1 onder b BW aldus te interpreteren dat – ook bij afwezigheid van lichamelijk of geestelijk letsel – daaronder schendingen van het recht op gelijke behandeling worden verstaan.<sup>47</sup> Hoewel de Nederlandse wetgever hoge eisen heeft willen stellen aan het aannemen van een dergelijke persoonsaantasting, laat deze tot op zekere hoogte open norm<sup>48</sup> een dergelijke interpretatie toe.<sup>49</sup> Uit hierna te bespreken rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat deze inderdaad bereid is om de categorie ‘persoonsaantastingen’ aldus op te vatten dat schending van fundamentele rechten daar onder kan worden gevat, ook wanneer deze niet resulteert in enige vorm van letsel. Het recht op gelijke behandeling lijkt mij dermate zwaarwegend dat schending daarvan inderdaad als persoonsaantasting moet worden gekwalificeerd. De hiervoor geschetste Europeesrechtelijke eis om het recht op dit gebied van tanden te voorzien speelt daarbij wat mij betreft mede een rol. Daarmee is niet gezegd dat voor alle schendingen van fundamentele rechten dient te gelden dat zij als persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW worden aangemerkt. Ik zou dit, geïnspireerd door het Duitse recht, willen laten afhangen van de aard van het in concreto geschonden recht, de wijze van schending, de ernst van de gevolgen en de vraag of een andere adequate sanctie bestaat.<sup>50</sup>

Voorts kan de EU-eis consequenties hebben voor de omvang van een eventuele vergoeding. Een symbolisch bedrag – zoals in het in de inleiding

46 HvJEG 22 april 1997, zaak C-180/95, *Jur.* 1997, I-2195 (Draempaehl; NJ 1998, 435).

47 Zie reeds S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 169 en voorts meer uitvoerig Wissink, a.w., p. 261 e.v.

48 De ‘openheid’ wordt hier systematisch begrensd door art. 6:95 BW dat – op uitdrukkelijke wens van de wetgever – een gesloten stelsel van gevallen voorstaat. Zie nader Lindenberg 1998, a.w., Hfdst. 5.

49 Zie voor andere voorbeelden in verband met schending van fundamentele rechten nader onder 4.4.

50 Zie reeds Lindenberg 1998, a.w., p. 150 e.v. en 1999, a.w., p. 1691 e.v.

geschetste geval van toewijzing van *f* 1 – is vanuit dit perspectief uit den boze, omdat dit de wens tot handhaving onvoldoende recht zal doen.<sup>51</sup> Wel mag een onderscheid worden gemaakt tussen de sanctionering van de schending als zodanig, en de vergoeding van de gevolgschade. Het is de vraag hoe deze gedachtegang in ons eigen schadevergoedingsrecht kan worden ingepast. Daarbij staat voorop dat het begrip schade naar zijn aard tamelijk rekbaar is, waardoor ook met betrekking tot de begroting van die schade aanzienlijke speelruimte bestaat. Nu is beslist verdedigbaar dat eenieder die is gediscrimineerd daardoor naar zijn aard enig nadeel zal hebben geleden, al was het maar in de vorm van ergernis, maar een forse vergoeding zal meestal niet door de omvang van dit feitelijke nadeel worden gerechtvaardigd. Wanneer er geen sprake is van substantiële ‘gevolgschade’ kan alleen een schadevergoeding van enige omvang worden toegewezen wanneer men de schending als zodanig kwalificeert als schade. Het in art. 6:95 BW gehanteerde schadebegrip laat daartoe tot op zekere hoogte wel ruimte in de term ‘ander nadeel dan vermogensschade’. Zowel in de Parlementaire Geschiedenis als door de Hoge Raad wordt in dit verband wel gesproken van het ‘geschokte rechtsgevoel’ van de benadeelde, dat op zichzelf als schade kan worden aangemerkt.<sup>52</sup> Het begrip schade krijgt hiermee een bij uitstek normatieve invulling, maar dat is aan het recht niet vreemd. Wel verschiert de dragende gedachte achter de sanctie dan geleidelijk, maar uiteindelijk onontkoombaar van compensatie van feitelijke nadeel tot ‘zuivere’ rechtshandhaving, en nadert zij daarmee tenslotte de figuur van ‘punitive damages’.<sup>53</sup> Die figuur is in haar zuivere vorm aan ons schadevergoedingsrecht wezensvreemd en de invoering ervan wordt over het algemeen ook niet wenselijk geacht.<sup>54</sup> Of het EU-recht daar in de geschetste gevallen toe dwingt valt overigens te betwijfelen, omdat in de aangehaalde rechtspraak wordt gesproken van een vergoeding die in een ‘passende verhouding tot de geleden schade’ moet staan, hetgeen suggereert dat uiteindelijk toch de verhouding tot het geleden nadeel indicatief is voor de sanctie, terwijl juist op dit punt ook een maximering niet ontoelaatbaar wordt geacht.

Uit het voorgaande mag worden geconcludeerd dat het huidige Nederlandse schadevergoedingsrecht met behulp van welwillende interpretatie goed uit de voeten kan met de Europeesrechtelijke wens om het recht op gelijke behandeling met ‘tanden’ te handhaven. Een spanning kan binnen het Neder-

---

51 Aldus uitdrukkelijk HvJEG 10 april 1984, zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (Von Colson en Kamann); HvJEG 10 april 1984, zaak 79/83, *Jur.* 1984, p. 1921 (Harz); HvJEG 22 april 1997, zaak C-180/95, *Jur.* 1997, I-2195 (Draempaehl; NJ 1998, 435).

52 TM, *PG Boek* 6, blz. 377, EV I, *PG Boek* 6, blz. 387, HR 20 september 2002, NJ 2004, 112 m.nt. J.B.M. Vranken.

53 Zie over deze glijdende schaal beeldend A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen 2002, p. 464 e.v. Zie over de gedachte van ‘punitive damages’ in dit verband AG-Koopmans, Concl. voor HR 29 november 1991, NJ 1993, 150 (Ambtenarenpensioen).

54 Zie voor literatuur *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 8.

landse schadevergoedingsrecht ontstaan wanneer een sanctie wordt aanvaard die zuiver op handhaving is gericht en die moet worden aangemerkt als privaatrechtelijke boete. Het EU-recht lijkt een dergelijke stap evenwel niet te vergen. Ook overigens zie ik er vooralsnog geen aanleiding toe.

#### 4.3.2 Een EVRM-perspectief

Waar vanuit EU-perspectief zich de vraag opdringt of ons schadevergoedingsrecht voldoende 'tanden' kan laten zien bij schending van fundamentele rechten, is het interessant om te zien dat vanuit EVRM-perspectief juist een heel andere gedachte opkomt. Op grond van art. 41 EVRM kan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens een 'billijke genoegdoening' aan de benadeelde toekennen indien in geval van schending van het EVRM het nationale recht van een verdragsluitende staat slechts gedeeltelijk rechtsherstel biedt. Deze bepaling heeft geleid tot uitvoerige rechtspraak van het EHRM waarin werd aanvaard dat het hier gaat om een discretionaire bevoegdheid. Voorts is in vaste rechtspraak aanvaard dat vaststelling door het Hof van een schending van een fundamenteel recht reeds op zichzelf genoegdoening ('satisfaction') voor de benadeelde kan meebrengen.<sup>55</sup> Dit kan ertoe leiden dat een vergoeding geheel achterwege blijft, maar ook dat de omvang van een vergoeding relatief bescheiden kan blijven.<sup>56</sup>

Het is de vraag of het Nederlandse (schadevergoedings)recht ook voor deze gedachten een voedingsbodem biedt. Heeft de civiele rechter een discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de toewijzing van een schadevergoeding na schending van een fundamenteel recht? Mag hij bij de begroting van een dergelijke schadevergoeding acht slaan op het feit dat hij ook al de schending als zodanig heeft vastgesteld? En hoe verhouden deze kwesties zich eigenlijk tot de Nederlandse rechtspraak waarin een 'zuiver emotioneel belang' wordt aangemerkt als onvoldoende belang in de zin van art. 3:303 BW?<sup>57</sup>

Ten aanzien van de eerste kwestie (discretionaire bevoegdheid) geldt als uitgangspunt dat de verplichting tot en het recht op schadevergoeding ontstaan op het moment dat aan alle door de wet gestelde constitutieve vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan. Aldus komt op de aansprakelijke een verbintenis

---

55 Zie bijv. EHRM 27 september 1995, *Reports* 1996-I, 97 (McCann/Verenigd Koninkrijk), par. 219. Zie voor een uitgebreid overzicht van jurisprudentie op dit punt D. Shelton, *Remedies for international human rights law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 259-260.

56 Wie overigens meent dat dit betekent dat de schadevergoeding op basis van art. 41 EVRM vooral een symbolische kwestie is, heeft het bij het verkeerde eind, zoals blijkt uit recente rechtspraak waarin het Hof laat zien schendingen van art. 6 EVRM (redelijke termijn) ook financieel serieus te nemen en aanwijzingen geeft voor de begroting van dergelijke schade. Zie EHRM 10 november 2004, *JB* 2005/1 m.nt. AMJL, *AB* 2005, 257 m.nt. T. Barkhuysen (Riccardi/Pizzati/Italië).

57 HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (Jeffrey) en HR 5 november 1999, *NJ* 2000, 63 m.nt. A.R. Bloembergen (nietigverklaring huwelijk).

tot schadevergoeding te rusten en ontstaat in het vermogen van de gelaedeerde een vermogensrecht, ongeacht of zich daarover een rechter heeft uitgelaten. Hoewel ten aanzien de vergoeding van immateriële schade in het Ontwerp Meijers aanvankelijk een ander stelsel werd voorgestaan,<sup>58</sup> is in een later stadium uitdrukkelijk gekozen voor de huidige bepaling, die niet het *bestaan* van het recht op vergoeding, maar alleen de vaststelling van de *omvang* aan het billijkheidsoordeel van de rechter overlaat.<sup>59</sup> Niettemin heeft de Hoge Raad betrekkelijk recentelijk in een geval van belediging geoordeeld dat de rechter bij de begroting van de immateriële schade een discretionaire bevoegdheid heeft, die inhoudt dat hij met alle omstandigheden van het geval rekening moet houden, maar dat hij ook de bevoegdheid heeft om, indien hij daartoe gronden aanwezig oordeelt, geen schadevergoeding toe te kennen.<sup>60</sup> Het arrest is terecht stevig bekritiseerd door annotator Brunner, die aangeeft dat deze uitspraak niet in lijn is met hetgeen de parlementaire geschiedenis op dit punt voorstond, omdat zij suggereert dat de discretionaire bevoegdheid niet alleen de vaststelling van de omvang, maar ook de kwestie of een recht op vergoeding bestaat omvat. De door de Hoge Raad gekozen route acht ook ik weinig fraai.<sup>61</sup> Indien men in een dergelijk geval een schadevergoeding rehtens niet passend acht, ligt het veeleer voor de hand om dat te motiveren met de gedachte dat het gedrag in de gegeven omstandigheden niet onrechtmatig was<sup>62</sup> (van een kind dat zijn vader voor 'boeren...' of moeder voor '...wif' uitmaakt kan toch bezwaarlijk worden gezegd dat het aansprakelijk is uit onrechtmatige daad), dan wel dat dit geen persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW oplevert. Juist bij persoonsaantastingen zoals schending van eer en goede naam, maar ook in bepaalde gevallen van schending van (andere) fundamentele rechten, ligt de nadruk veeleer op de handeling van de laedens dan (zoals bij persoonsaantastingen als lichamelijk en geestelijk letsel) op de gevolgen voor de benadeelde.<sup>63</sup> Dit biedt de mogelijkheid om dat handelen als zodanig op al zijn merites te beoordelen en daarin ook de wenselijkheid van het in

58 PG Boek 6, p. 377: 'Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, kan de rechter op vordering van de benadeelde naar billijkheid, rekening houdende met alle omstandigheden, schadevergoeding toekennen (...)'.

59 G.O., PG Boek 6, p. 380: 'De aanhef van het eerste lid is in het gewijzigd ontwerp enigszins anders geformuleerd, zulks zowel ter verkrijging van een simpeler redactie als om duidelijker te doen uitkomen dat de benadeelde in beginsel recht op de hier bedoelde schadevergoeding heeft en dat zijn desbetreffende vordering dus niet afhankelijk is van een – constitutieve – uitspraak van de rechter.'

60 HR 27 april 2001, NJ 2002, 91, m.nt. CJHB.

61 Het lijkt er overigens op dat de Hoge Raad veeleer het hofarrest heeft willen 'redden' dan een principiële uitspraak te willen geven.

62 Zie over het feit dat in gezinsverband tot op zekere hoogte andere normen gelden A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, 'Onrechtmatige daad in de relatie ouder-kind' in: *Als een goed huisvader*, Nieuwenhuis-bundel, Deventer: Kluwer 1992, p. 133 e.v. en E. Engelhard, T. Hartlief en G.E. van Maanen (red.) *Aansprakelijkheid in gezinsverband*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

63 Zie nader Lindenberg 1998, a.w., p. 156.



de gegeven omstandigheden aannemen van een vergoeding te betrekken. Wanneer men dan een persoonsaantasting aanneemt, komt het gewrongen over om vervolgens een schadevergoeding af te wijzen. Het gaat hier om rechtsoordelen waarbij de rechter ten aanzien van de waardering van de feiten een zekere speelruimte heeft, maar een discretionaire bevoegdheid in de zin van volledige beleidsvrijheid is dat niet.<sup>64</sup> Ik zie ook overigens geen aanleiding om ten aanzien van de vraag of bij schending van fundamentele rechten schadevergoeding op zijn plaats is een discretionaire bevoegdheid van de rechter aan te nemen. Het recht lijkt mij veeleer gebaat bij een gemotiveerd en toetsbaar oordeel welke schendingen van fundamentele rechten onder welke omstandigheden als persoonsaantasting worden aangemerkt.

Ten aanzien van het tweede aspect (declaratoir biedt reeds genoegdoening) lijkt het in de praktijk van het EHRM te gaan om een creatieve formule waarmee het Hof in allerlei zaken om uiteenlopende redenen, die het Hof overigens meestal niet expliciteert,<sup>65</sup> een schadevergoedingsvordering afserveert.<sup>66</sup> In die zin doet de kwestie denken aan het klassieke verhaal van de kok die van een zwerver schadevergoeding vorderde omdat deze de heerlijke geuren uit zijn keuken had opgesnoven, en waarover de rechter oordeelde dat de eiser genoeg moest nemen met het geluid van een rinkelende geldbuidel.<sup>67</sup> Het is een gedachte die aanspreekt vanwege haar symbolische kracht, maar waarvan men de betekenis voor het schadevergoedingsrecht niet moet overschatten. Zeker wanneer een schending in vermogensschade of ander feitelijk nadeel zoals letsel heeft geresulteerd, zal men bezwaarlijk kunnen aannemen dat dat nadeel door een vaststelling van de schending in rechte wordt verminderd of weggenomen.<sup>68</sup> Met genoegdoening betaalt de benadeelde nu eenmaal geen rekeningen. Bovendien heeft de gedachte dat de eiser met een dergelijke uitspraak letterlijk genoeg moet nemen iets paternalistisch en is het ook maar de vraag of het in feite zo 'werkt'.<sup>69</sup> Niettemin spreekt het tot de verbeelding dat met een uitspraak door het rechterlijk gezag een schending als zodanig wordt 'rechtgezet'. Wanneer men dat met schadevergoeding associeert, zou

---

64 Men kan zich ook afvragen of de Hoge Raad een 'echte' discretionaire bevoegdheid op het oog had, nu hij met de woorden 'indien hij daartoe gronden aanwezig oordeelt' kennelijk een zekere motivering vergt.

65 Zie voor een overzicht van zeer uiteenlopende typen gevallen waarin het Hof deze gedachte volgt Van Emmerik 1997, p. 140 e.v.

66 Zie daarover uitvoerig en kritisch (met name over het gebrek aan motivering door het Hof) Van Emmerik 1997, p. 139.

67 Il novellino, Florence ca. 1280-1300, verhaal nr. 9. Zie hierover A.R. Bloembergen in: J. Spier en W.A.M. van Schendel (red.), *Schadevergoeding: een eeuw later, bundel opstellen aangeboden aan mr. A.R. Bloembergen*, Deventer: Kluwer 2002.

68 Het EHRM heeft overigens ook aangegeven dat de formule niet mag worden toegepast wanneer het gaat om door de klager gemaakte kosten. Zie EHRM 6 november 1980, A-38, par. 16 (Sunday Times/Verenigd Koninkrijk).

69 Zie over de verhouding tussen andere sancties (ook strafrechtelijke) en het smartengeld Lindenberg 1998, a.w., p. 14 en 257.

kunnen worden aangenomen dat dit de immateriële schade raakt die bestaat uit het 'geschokte rechtsgevoel'.<sup>70</sup> In gevallen waarin de schending van geringe betekenis is en er verder geen schade is geleden, zoals bijvoorbeeld bij schending van bepaalde procedurele rechten, acht ik het geen bezwaar om een vergoeding met een dergelijke gedachtegang achterwege te laten. Ik zou dit dan niet willen zien als een afzonderlijke grond voor afwijzing van een schadevergoeding, maar zou het beter vinden om in dergelijke gevallen te oordelen dat de schending en haar gevolgen onvoldoende ernstig zijn om te kunnen worden aangemerkt als een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW. In het licht van het bovenstaande acht ik de uitspraak van de Hoge Raad in een Bopz-zaak uit 1996 ongelukkig.<sup>71</sup> In dat geval, dat ging over een verdring tot schadevergoeding vanwege een beschikking tot dwangverpleging die niet volgens alle wettelijke vereisten was genomen, oordeelde de Hoge Raad enerzijds dat de rechter bij de toekenning van een billijke vergoeding op de voet van art. 35 Bopz (dat de strekking heeft recht te doen aan art. 5 lid 5 EVRM) niet gebonden is aan de grenzen voor de toekenning van een vergoeding voor ander nadeel dan vermogensschade, vervat in art. 6:106 BW. Anderzijds oordeelde de Hoge Raad dat er rekening mee moet worden gehouden dat in de enkele vaststelling van de schending van de betrokken voorschriften reeds een zekere genoegdoening is gelegen. Mijn kritiek is dat de Hoge Raad hier te makkelijk afstand neemt van het stelsel van de art. 6:95 en 106 BW, omdat een dergelijke schending juist heel wel in het kader van art. 6:106 BW kan worden beoordeeld en er geen reden is om daarbuiten een bijzonder regime voor schendingen van EVRM-rechten te creëren,<sup>72</sup> maar ook dat de Hoge Raad niet aangeeft wat de betekenis is van het gebruik van de 'declaratoir-formule'.

Ten slotte komt de vraag op hoe de gedachte dat met een rechterlijke uitspraak als zodanig reeds enige genoegdoening wordt bewerkstelligd, zich verhoudt tot het oordeel van de Hoge Raad dat een zuiver emotioneel belang geen voldoende belang is in de zin van art. 3:303 BW.<sup>73</sup> Hoewel deze gedachten met elkaar op gespannen voet staan, gaat het hier volgens mij om verschillende zaken. De eerste kwestie (de 'declaratoir-formule') betreft de *werking* die rechtens aan een uitspraak wordt toegedicht. De tweede kwestie (zuiver emotioneel belang) betreft het *motief* van de eiser om toegang tot de rechter te vragen teneinde een verklaring voor recht te vorderen. Wanneer dat motief 'zuiver emotioneel' is, is dat – kennelijk<sup>74</sup> – een onvoldoende belang om

70 Zie reeds in deze zin C.J.J.C. Van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer 1978, p. 125-129.

71 HR 13 december 1996, *NJ* 1997, 682 m.nt. JdB.

72 Zie Lindenberg 1998, a.w., p. 77 e.v.. Zie voorts nader hierna.

73 HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (Jeffrey) en HR 5 november 1999, *NJ* 2000, 63 m.nt. A.R. Bloembergen (nietigverklating huwelijk). Vgl. ook H.J. Snijders, 'Proces- en (rechts)belang in civilibus, van Jeffrey naar de mediatie', *BWKJ* 2001, p. 9-26.

74 De uitspraak van de Hoge Raad is uitvoerig bekritiseerd en het lijkt me niet ondenkbaar dat de Raad er op terugkomt, althans haar nuanceert.

toegang tot de rechter te krijgen. In gevallen van schending van een fundamenteel recht zal de kwestie praktisch kunnen worden ondervangen door steeds (tevens) een vordering tot schadevergoeding te formuleren, zodat in ieder geval een voldoende belang is gesteld.<sup>75</sup> Niettemin kan de kwestie opkomen wanneer de eiser juist genoeg wenst te nemen met een verklaring voor recht dat een fundamenteel recht is geschonden. Ik vind het in dat geval niet goed met elkaar te rijmen om enerzijds te aanvaarden dat de eiser aan de vaststelling van een schending door de rechter een zekere genoegdoening ontleent, en anderzijds vol te houden dat de enkele wens om een rechtsschending door de rechter vastgesteld te zien – ook al berust die op emotionele motieven, zoals de wens genoegdoening te verkrijgen – een onvoldoende belang is. Het motief om een eigen recht te handhaven kan als zodanig toch moeilijk als onvoldoende worden ge(dis)kwalificeerd. De hoge waarde van fundamentele rechten en het belang bij handhaving daarvan brengt in dit verband volgens mij mee dat de vordering van een eiser die expliciet genoeg neemt met een verklaring dat zijn recht is geschonden (en dus niet ook schadevergoeding vordert) niet snel op de afwezigheid van een voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW mag afstuiten.<sup>76</sup>

Het geschetste EVRM-perspectief (de rechter heeft bij schending van fundamentele rechten een discretionaire bevoegdheid om schadevergoeding toe te wijzen en mag deze achterwege laten of verminderen vanuit de gedachte dat de vaststelling van de schending reeds leidt tot genoegdoening) vindt in het Nederlandse schadevergoedingsrecht derhalve geen vruchtbare voedingsbodem. Is eenmaal voldaan aan de vereisten die de wet stelt aan het bestaan van een recht op schadevergoeding, dan ontstaat dat recht van rechtswege en past te dien aanzien een discretionaire bevoegdheid van de rechter niet goed in ons recht. Dat neemt niet weg dat de rechter ten aanzien van de vraag of in een concreet geval sprake is van een persoonsaantasting als bedoeld in art. 6:106 BW wel een zekere beoordelingsvrijheid heeft. De ‘declaratoir-formule’ past als zodanig evenmin goed in ons schadevergoedingsrecht. Het daarmee beoogde doel (afwijzing van de vordering) kan beter bereikt worden met een inhoudelijke motivering, die bijvoorbeeld kan inhouden dat de schending en haar gevolgen onvoldoende ernstig zijn om een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW aan te nemen. Dit neemt niet weg dat een rechterlijke uitspraak dat een fundamenteel recht is geschonden als zodanig kan bijdragen aan de handhaving van dergelijke rechten. De eiser die deze route kiest zal, in verband met het belang van de handhaving van zijn fundamentele rechten

---

75 Daarbij is relevant dat volgens het EHRM de kosten van rechtsbijstand die nodig zijn om de schending van een fundamenteel recht vast te stellen voor volledige vergoeding in aanmerking kunnen komen. Vgl. EHRM 21 februari 1990, *NJ* 1991, 624 m.nt. EAA en EHRM 27 september 1990, *NJ* 1991, 625 m.nt. EAA.

76 Men zou zich zelfs kunnen afvragen of een niet-ontvankelijkheidsoordeel hier niet in strijd komt met het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor.

niet snel mogen worden tegengeworpen dat zijn belang niet ‘voldoende’ is in de zin van art. 3:303 BW.

#### 4.4 (Verdere) Nederlandse ontwikkelingen

Intussen kan ook in het eigen aansprakelijkheidsrecht een ontwikkeling worden gesignaleerd die verband houdt met de handhaving van fundamentele rechten. Nadat de weg daartoe in de literatuur al uitvoerig was verkend,<sup>77</sup> heeft de Hoge Raad recentelijk uitdrukkelijk aanvaard dat schending van een fundamenteel recht als zodanig een grond kan vormen voor het aannemen van een recht op schadevergoeding. Zo is in 2003 door de Hoge Raad aanvaard dat ernstige schending van de persoonlijke levenssfeer kan worden gekwalificeerd als ‘aantasting van de persoon’ die een recht op smartengeld meebrengt en dat daarvoor het aanwezig zijn van geestelijk letsel geen vereiste vormt.<sup>78</sup> In dezelfde lijn heeft de Hoge Raad in de wrongful life-zaak aanvaard dat een medische fout waardoor ouders de mogelijkheid is ontnomen om geïnformeerd over hun voortplanting te beslissen een aantasting vormt van hun recht op ‘zelfbeschikking’ en op die grond een recht op smartengeld rechtvaardigt.<sup>79</sup> Deze ontwikkeling lijkt geïnspireerd door het eerder geschetste Duitse recht, waarin ook de schending van het ‘allgemeine Persönlichkeitsrecht’ als zodanig wordt aangemerkt als zelfstandige grond voor een recht op ‘Schmerzensgeld’. Zij is interessant omdat zij laat zien dat de Hoge Raad de handhaving van fundamentele rechten met behulp van het schadevergoedingsrecht serieus neemt. Zij is ook van belang omdat zij laat zien dat het eigen schadevergoedingsrecht zich (vooral via art. 6:106 BW) leent voor inpassing van een dergelijke sanctie, zodat er geen aanleiding is om, zoals de Hoge Raad in een geval van schending van een fundamenteel recht eerder wel heeft gedaan, afstand te nemen van het kader van art. 6:106 BW.<sup>80</sup>

De geschetste ontwikkeling roept de vraag op aan de hand van welke factoren in een dergelijk geval de omvang dient te worden vastgesteld. De rechtspraak van het Hof van Justitie voor de Europese Gemeenschap laat zien dat hier kan worden onderscheiden tussen de schade die het gevolg is van de schending als zodanig, en overige schade. De aard en functie van de schadevergoeding wegens de schending als zodanig zijn anders (namelijk meer gericht op sanctionering of erkenning) dan de aard van de vergoeding van

77 Vgl. Lindenbergh 1998, a.w., Hfdst 5, alsmede 1999, a.w., p. 1693, A.J. Verheij 2002, a.w., p. 487 e.v.

78 HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 391 m.nt. JBMV (Groningen/Lammerts).

79 HR 18 maart 2005, *RvdW* 2005, 42 (wrongful life). Zie over de interpretatie van (onder veel meer) dit aspect T. Hartlief, ‘Hollandse toestanden: de Hoge Raad over ‘wrongful life’’, *NTBR* 2005, p. 238 e.v. Zie voor het oude recht nog afwijzend in een geval van wrongful birth HR 9 augustus 2002, *RvdW* 2002, 132.

80 HR 13 december 1996, *NJ* 1997, 682 m.nt. JdB.

de gevolgen (waarbij veeleer concreet herstel en compensatie vooropstaan), hetgeen van betekenis kan zijn voor de omvang van de vergoeding. In dit verband is illustratief dat het Arnhemse Hof dat schadevergoeding toeweest aan een moeder van twee (door de vader) ontvoerde kinderen oordeelde dat, nu de toewijzing van immateriële schade op een andere grond was komen te rusten dan in eerste instantie (niet geestelijk letsel, maar schending van de persoonlijke levenssfeer), de omvang van het toe te wijzen bedrag opnieuw diende te worden beoordeeld.<sup>81</sup> Illustratief is in dit verband ook de wrongful life-zaak, waarbij de vraag opkomt of bij de begroting van het smartengeld onderscheid mag worden gemaakt tussen beide ouders, nu de Hoge Raad zo benadrukt dat hun recht op smartengeld stoelt op de schending van een fundamenteel recht op zelfbeschikking dat aan beide ouders toekomt.<sup>82</sup> Ook wanneer men voor beide ouders een dergelijk recht aanneemt vind ik het verdedigbaar dat schending jegens de één anders wordt gewaardeerd dan schending jegens de ander, bijvoorbeeld omdat kan worden aangenomen dat de schending jegens de moeder als ernstiger wordt aangemerkt of haar in casu zwaarder treft. De Hoge Raad suggereert mijns inziens overigens ook dat bij schending van fundamentele rechten allerlei differentiaties denkbaar zijn, door in de wrongful life-zaak te spreken van 'een zo ingrijpende aantasting' van 'een zo fundamenteel recht'. Men kan differentiatie in de omvang van de vergoeding overigens ook nog tot uitdrukking brengen via een waardering van de gevolgen, zoals het geestelijk letsel dat de moeder volgens de rechtbank en het Hof had opgelopen. Dan kan men opteren voor een vergoeding wegens de schending als zodanig, die voor beide ouders gelijk kan (maar niet hoeft te) zijn en een 'additionele'<sup>83</sup> vergoeding voor de moeder vanwege de ernstigere gevolgen die zij in feite ondervond. Ten slotte is nog interessant in hoeverre voor de vraag of een vergoeding wegens de schending als zodanig op haar plaats is, meeweegt dat de ernst van de (totale) gevolgen reeds tot een forse schadevergoeding aanleiding geeft. Men kan dan immers zeggen dat er aan een bijzondere sanctionering van de schending als zodanig vanuit een oogpunt van handhaving minder behoefte bestaat. Hier toont zich evenwel dat de vergoeding in dergelijke gevallen twee gezichten heeft. Enerzijds dient zij er toe de schending te sanctioneren, anderzijds kan worden aangenomen dat zij, juist omdat zij doorgaans alleen bij ernstige schendingen zal worden opgelegd, tevens zal dienen om de daardoor geleden immateriële schade te compenseren. De rechter zal in gevallen van dit type met behulp van toewijzing van concrete bedragen een weg moeten uitzetten om aan deze gezichtspunten recht te doen.

---

81 Hof Arnhem 22 maart 2005, LJN AT2244.

82 Zie voor verdere vragen die de toewijzing aan de ouders in de wrongful life-zaak in dit verband oproept T. Hartlief, *NTBR* 2005, p. 239-240.

83 In feite zal dit element in de begroting van de totale vergoeding opgaan, zodat geen sprake is van afzonderlijke vergoedingen.

Ten behoeve van de rechtsontwikkeling verdient het aanbeveling dat hij zich in de motivering zoveel mogelijk rekenschap geeft van zijn beweegredenen.

## 5 AFRONDING

Een verkenning van de wijze waarop in het Duitse en Engelse recht met behulp van het schadevergoedingsrecht op schending van fundamentele rechten wordt gereageerd laat zien dat deze problematiek aanleiding geeft tot eigensoortige toepassingen van het schadevergoedingsrecht die instructief kunnen zijn voor ons recht. Voorts plaatsen 'Europese' (EU- en EVRM-) invalshoeken op dit gebied ons schadevergoedingsrecht voor nieuwe inzichten en vragen. Intussen voltrekt zich in het eigen schadevergoedingsrecht een ontwikkeling die inhoudt dat schendingen van fundamentele rechten meer serieus worden genomen. Deze invalshoeken en ontwikkelingen roepen de vraag naar de eenheid en coherentie van het schadevergoedingsrecht op, maar brengen bij nadere bestudering vooral de spankracht ervan aan het licht.

Het Nederlandse schadevergoedingsrecht is, zoals alle Europese stelsels, van origine sterk georiënteerd op herstel van feitelijke beschadiging en compensatie van resterend verlies. In geval van schending van fundamentele rechten kan dat denkkader soms onvoldoende soelaas bieden om tot een adequate sanctionering te komen, met name wanneer het feitelijke nadeel op zichzelf te gering is om een vergoeding te rechtvaardigen, terwijl daaraan vanuit een oogpunt van handhaving niettemin behoefte bestaat. Het schadevergoedingsrecht laat evenwel voldoende ruimte om voor een meer normatieve invulling van het begrip schade te kiezen en aldus het aspect van de schending van een fundamenteel recht als zodanig recht te doen. De rechter kan onder omstandigheden reeds vanwege de enkele schending van een dergelijk recht een schadevergoeding toewijzen en kan het feit dat een fundamenteel recht is geschonden ook in de omvang van de vergoeding tot uitdrukking brengen. Aldus kan met behulp van een welwillende interpretatie van het schadevergoedingsrecht gehoor worden gegeven aan de wensen en eisen die met betrekking tot de handhaving van fundamentele rechten vanuit Luxemburg en Straatsburg klinken.

In de rechtspraak van de Hoge Raad valt de tendens waar te nemen dat de sanctionering van de schending van fundamentele rechten met behulp van schadevergoeding serieus wordt genomen. Wel vergt de toepassing van het schadevergoedingsrecht hier nog verdere bezinning, vooral waar het gaat om de vraag onder welke omstandigheden een recht op schadevergoeding dient te worden aanvaard en aan de hand van welke factoren en op welke omvang de vergoeding in concrete gevallen dient te worden vastgesteld. In het verleden heeft de Hoge Raad waar het ging om de schending van een fundamenteel recht soms te gemakkelijk afstand genomen van het stelsel van het eigen schadevergoedingsrecht, terwijl dat niet nodig was. Het verdient uit een

oogpunt van eenheid van het recht de voorkeur om de mogelijkheden van het eigen schadevergoedingsrecht verder te exploreren, juist omdat het daartoe voldoende mogelijkheden biedt. Daarmee is overigens niet gezegd dat iedere schending van ieder als fundamenteel aan te merken recht steeds een aanzienlijke schadevergoeding rechtvaardigt. Zorgvuldig zal moeten worden bezien of schadevergoeding inderdaad op haar plaats is, maar ook of andere sancties, zoals bijvoorbeeld een verklaring voor recht, adequaat zijn. De weg die de Hoge Raad heeft ingeslagen met zijn rechtspraak inzake 'voldoende belang' verdient in dit verband bijvoorbeeld heroverweging.

Mijn conclusie is dat het Nederlandse schadevergoedingsrecht niet alleen in staat is een adequate reactie te bieden op schendingen van fundamentele rechten, maar dat het ook voldoende mogelijkheden biedt om recht te doen aan hetgeen op dat punt vanuit EU- en EVRM-perspectief als wenselijk wordt gezien. Wel ligt er een aanzienlijke uitdaging voor de rechter om de bescherming van fundamentele rechten met behulp van de geschetste uitgangspunten in concrete gevallen recht te doen. Dat is in dit verband met name cruciaal, omdat veel afhangt van rechterlijke waardering én van de wijze waarop die in de uitspraak tot uitdrukking wordt gebracht.

